

cuenta, sobre todo en materias de divorcio, las convicciones religiosas, aunque no siempre felizmente.

Las Actas de este coloquio, por la variedad y la calidad de las conferencias y de los conferenciantes, son un excelente resumen de las influencias religiosas en derecho francés y de

las actuales relaciones jurídicas entre el culto católico y el Estado. Sabiendo que la jurisprudencia es constante, esta obra es una referencia casi obligatoria para los que quieran tener una visión exacta y precisa.

TRISTAN DE CHOMEREAU

## DERECHO MATRIMONIAL

KLAUS LÜDICKE, *Familienplanung und Ebewille. Der Ausschluss der Nachkommenschaft im nachkonziliaren kanonischen Eherecht*, 1 vol. de XII+386 págs. Ed. Aschendorff, Münster 1983.

Según dice el autor en su introducción la temática propia de este libro —planificación familiar y voluntad matrimonial— le ha ocupado durante varios años. El primer capítulo lleva por título «Matrimonio y descendencia matrimonial en la historia del Derecho canónico», y está dedicado al resumen del pensamiento de dieciocho canonistas ilustres, comenzando por Graciano y terminando en Pietro Gasparri y la influencia de este autor en la jurisprudencia de la Rota Romana desde 1909 hasta la promulgación del código de Derecho canónico.

Quizá la parte más interesante de este capítulo está constituida por la exposición del pensamiento de Gasparri, para lo que se sirve de la tercera edición de su «Tractatus canonicus de matrimonio», publicada en París en 1904. Allí aparecen por vez primera, aunque con precedentes en Lugo, los rasgos principales del con-

cepto de simulación parcial que posteriormente se hicieron doctrina común: la noción de simulación parcial como contrapuesta a la simulación total con su distinción entre «intentio sese obligandi» e «intentio non adimplendi», y el concepto de «actus positivus voluntatis», que aparecerá en el código de 1917 y que carecía de tradición canónica. Y recoge una sentencia c. Many, de 21-I-1911, en la que por vez primera aparece el rechazo del matrimonio mediante un «actus positivus voluntatis» como constitutivo de simulación, siendo así que con anterioridad (cfr. c. Sebastianelli, 19-VI-1909; Santo Oficio, 20-X-1680, Fontes, IV, n. 755) sólo se tomaban en consideración la voluntad deducida en pacto o formulada mediante condición. A partir de ahora el pacto y la condición serán signo de existencia de un acto positivo de la voluntad y no un requisito del pacto o de la condición que para ser consi-

derados verdaderamente existentes debían manifestarse mediante un acto positivo de la voluntad.

Ya Hans Armbruster (*Der Ehe-wille evangelischer Christen im Lichte des kanonischen Prinzips der Unauflöslichkeit der Ehe*, Munich, 1955, p. 83) había llamado la atención sobre la novedad de caracterizar la simulación parcial mediante el concepto de «actus positivus voluntatis», siendo así que anteriormente sólo se tomaba en consideración la «conditio» o «pactum», si bien sitúa el uso de tal concepto por la jurisprudencia rotal en una sentencia de 17-IV-1915, señalando, sin embargo, que posiblemente haya alguna otra anterior. Lüdicke, que no cita a este autor, extraerá, sin embargo, unas consecuencias muy distintas de la aparición de esa novedad, que considera criticable.

El segundo capítulo lleva por título «Declaraciones del Magisterio eclesiástico después de la promulgación del Código de Derecho canónico». Y en él resume y comenta la encíclica «Casti Connubii», de Pío XI, el discurso de Pío XII a las comadronas, de 29-X-1951, el concilio Vaticano II y la encíclica «Humanae vitae» de Pablo VI. No se hace eco de la «Familiaris consortio» de Juan Pablo II, pues aparece en noviembre de 1981, momento en el que ya tenía redactado su trabajo, como explica en el prólogo.

El tercer capítulo está dedicado a los debates y proyectos de la comisión de reforma del código así como al Decreto de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe sobre la impotencia masculina de 1977. El cuarto, a la jurisprudencia reciente de la Rota romana sobre exclusión de la prole, que comprende sentencias desde 1977 hasta 1980. El quin-

to está dedicado a las discusiones doctrinales sobre el particular, a propósito de la reforma del código, centrándose en los siguientes autores: d'Avack, Giacchi, Bersini, Graziani, Fedele, Fumagalli Carulli. El último capítulo de carácter conclusivo lleva por título «Matrimonio y prole en un Derecho canónico postconciliar», donde se pronuncia sobre los principales temas relacionados con esta cuestión: fines del matrimonio, «bonum prolis», esencia del matrimonio, «ius» y «exercitium iuris», esterilidad, impotencia, paternidad responsable, etc.

Si no he comprendido mal el pensamiento del autor, su conclusión fundamental consiste en entender que el contenido de los derechos y deberes conyugales en orden a las relaciones carnales y a los hijos deben ser fijados por los contrayentes. El matrimonio será válido, cuando llegan a un acuerdo acerca de las relaciones carnales y la paternidad; será nulo cuando la decisión y voluntad de actuación de uno sea contraria a la del otro. La especificación del contenido del matrimonio es una facultad de los contrayentes y el matrimonio un medio de legitimar la paternidad y las relaciones carnales.

La afirmación de que el matrimonio es un contrato no sólo en el sentido de que nace como consecuencia del intercambio de consentimiento, sino un contrato sinalagmático —es decir, una *lex privata*, cuyo contenido está fijado por las partes— resulta una afirmación asombrosa. El contenido del negocio matrimonial no es un *ius dispositivum*, sino un *ius cogens*. De ahí que mientras el contenido obligacional de cualquier otro contrato —una compraventa, por ejemplo— puede ocupar páginas y páginas, la celebración de matrimonio

consiste en decir simplemente que sí, pues el contenido obligacional viene dado y no puede ser fijado libremente por las partes. No caben capitula-

ciones matrimoniales sobre las relaciones carnales y los hijos.

JOSÉ M. GONZÁLEZ DEL VALLE

JOSEF WEBER, «*Erfüllungsunvermögen*» in der Rechtsprechung der Sacra Romana Rota, 1 vol. de 218 págs. Ed. Friedrich Pustet, Ratisbona, 1983.

El presente trabajo fue presentado como disertación inaugural en el semestre de invierno 1981-82 de la Facultad de Teología de la Universidad católica de Eichstätt. Consta de tres partes. La primera gira en torno a la estructura teológica y jurídica del matrimonio cristiano, de la que se extraen unas consecuencias relativas a la validez del matrimonio. Concretamente, que un matrimonio es nulo cuando uno de sus elementos esenciales —amor, comunicación sexual, fidelidad e indisolubilidad— no puede tener cumplimiento. Por lo que al amor se refiere, sin embargo, hay que hacer notar que el capítulo «incapacidad de asumir» resulta irrelevante, ya que sólo puede considerarse incapaz para él quien es incapaz de emitir un acto de voluntad. No cabe disociar los conceptos de capacidad de querer y capacidad de obrar.

La segunda parte es la central y más importante del libro, y la que corresponde a su subtítulo: origen y desarrollo de un nuevo capítulo de nulidad en la Iglesia católica. Para ello estudia y analiza con detenimiento unas treinta y tantas sentencias rotales y algunas de la Signatura Apostólica. Las agrupa, por orden cronológico, según la materia sobre la que versan: ninfomanía, homosexualidad, travestismo y transexualismo, anorma-

lidades psíquicas, psicosis, inmadurez y finalmente aquellas sentencias que rechazan el capítulo de nulidad «incapacidad de asumir».

Entiende que la incapacidad de asumir las obligaciones aparece, como capítulo de nulidad autónoma, por vez primera en la jurisprudencia de la Rota Romana en la causa Vivariensis (primera instancia c. Lefèbvre, 2-III-1967, SRRD 789-807; segunda instancia c. Pompeda, 6-X-1969, SRRD pp. 915-924). En esta causa, relativa a un caso de homosexualidad, en la primera instancia el motivo de la nulidad estaba planteado todavía como «defectus discretionis iudicii», por lo que puede alegarse como prueba de ser la primera sentencia en que se presenta como capítulo autónomo de nulidad. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que ya en una sentencia c. Teodori de 19-I-1940 (SRRD, p. 90, n. 6) aparece la distinción técnica entre «incapacidad de elegir tal contrato, en su naturaleza, propiedades y fines», y la «incapacidad de asumir las consiguientes cargas».

Como ocasionalmente se hace notar en algunas sentencias rotales (cfr. c. Palazzini, 28-X-1970; c. Serrano, 9-VII-1976), la incapacidad de asumir obligaciones conyugales se desarrolló a partir del concepto de amen-